



Función Pública

Concepto 133981 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

20136000133981

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000133981

Fecha: 02/09/2013 09:15:04 a.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: VARIOS. Aplicación de la Ley de Garantías Electorales en materia de contratación estatal para entes territoriales. Rad. 20139000022182

En atención al oficio de la referencia, me permito informarle lo siguiente:

La Ley 996 de 2005 consagró lo siguiente:

"ARTÍCULO 33.- Restricciones a la contratación pública.- Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias". (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa." (Subrayado fuera de texto)

Sobre las restricciones a la contratación directa de las entidades del Estado y organismos sometidos al derecho privado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación: 1.738 del 6 de abril de 2006, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló lo siguiente:

"I. Aplicación de la restricción a los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado y establecimientos de crédito de naturaleza pública.

El grupo de preguntas planteadas en éste acápite parten del siguiente interrogante comal: ¿es aplicable la restricción de la ley de garantías a las empresas industriales y comerciales del estado y los establecimientos de crédito, a pesar de que a ellos se les aplica el derecho privado?

La respuesta dada en el concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, de ésta Sala, se dijo que la prohibición contenida en la ley 996 de 2005, abarcaba a todas las entidades del Estado, en éstos términos:

"Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión todos los entes del Estado hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones."

"..."

"Reitera la Sala que la locución en comento, debe entenderse dentro del contexto de la ley de garantías y de la especial finalidad que ella busca, la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia, de suerte que si el legislador no utilizó la expresión "rama ejecutiva" en el artículo 33 de esta ley, como sí lo hizo en la prohibición del artículo 32, y enunció como obligados por la prohibición a todos los entes del Estado, es claro que no fue su intención excepcional- aquellas que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, desarrollada por el artículo 38 de la ley 489 de 1998. La frase que se interpreta coincide con la definición legal de "administración pública" del artículo 39 de la misma ley 489, según la cual 'se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.'"

Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cubre también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos.

En la solicitud de consulta, el Sr. Ministro plantea el siguiente argumento con sustento en la literalidad del artículo 33 de la ley 996 de 2005, que puede sintetizarse así: el título del artículo señala que la restricción es a la contratación pública y en el cuerpo del mismo se señalan como destinatarios a todos los entes del Estado, es decir que la prohibición es la de la contratación pública de tales entes, de lo que se desprende que la contratación privada de los mismos estaría permitida. Agrega el solicitante que en el derecho privado no existe una institución o régimen que pudiera identificarse con la contratación directa del derecho público.

Si bien estos argumentos son sólidos y respetables, la Sala no los comparte y en el concepto No. 1727 ya citado, los analizó y se basó en dos consideraciones para efectos de sustentar la respuesta contraria a la insinuada en la consulta, a saber:

i) La finalidad de la norma, con base en la cual se entiende que la prohibición de la ley está encaminada a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, ya que esta posibilidad se da no sólo con la contratación regida por el derecho público sino también la regida por el derecho privado. Todo contrato que se celebre es una oportunidad que se le brinda al contratista, de vender sus productos, de prestar un servicio, de empleo para sus subcontratistas, etc., y esto es aplicable en cualquier entidad. Por eso advirtió la Sala, que a pesar de que siempre ha estado prohibido celebrar contratos con fines políticos, la ley de garantías, para evitar toda suspicacia que pudiera deslegitimar el proceso electoral, fue mucho más allá y prohibió la contratación directa.

ii) La definición de la contratación directa, que en la ley 80 de 1993 no es un procedimiento propiamente tal, sino un conjunto de métodos de selección del contratista particular que tienen en común que son diferentes a la licitación. Se hace notar ahora que hay unos de éstos que se hacen previa invitación pública con oposición de los oferentes, como en el de la menor cuantía con conformación dinámica de la oferta, otros en los que hay libertad de selección del contratista, etc. Entonces, esta Sala, tomando como criterio de interpretación la finalidad de la ley, conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio.

En vista de lo expuesto, la Sala reitera la doctrina anterior, pasando a ocuparse de los dos casos consultados, el de las empresas industriales y comercial del estado y el de las entidades oficiales de crédito.

a) Las empresas industriales y comerciales del estado.

Si bien la temática general de la consulta va orientada a saber si a las empresas industriales y comerciales del estado se les aplica la restricción del artículo 33 de la ley 996 de 2005, la primera pregunta solicita que se aclare si el régimen jurídico que regula sus actos y contratos es la Ley 80 de 1993 o el derecho privado.

Al respecto, observa la Sala que no son sinónimas las expresiones actos sometidos a derecho privado que contratos sometidos al mismo régimen, dado que el artículo 93 de la ley 489 de 1998, distingue el régimen de los actos del de los contratos, pues expresa que los primeros se regulan por el derecho privado, mientras que los segundos por el Estatuto General de Contratación de la Administración, contenido en la ley 80 de 1993.

La última pregunta formulada por la consulta sobre este punto, plantea si las empresas industriales y comerciales del estado pueden celebrar directamente contratos interadministrativos, tema que se analizará más adelante con mayor detenimiento, pese a lo cual es perfectamente claro para la Sala que en principio la celebración de los mismos está prohibida, por ejemplo para la ejecución de una obra pública con una cooperativa de entidades territoriales. Sin embargo, este tipo de contratación debe realizarse cuando sea ordenada por la ley para las dos entidades, como se verá al tratar el tema de la publicación de la Gaceta del Congreso.

"(...)"

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala responde:

1.1. Los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales y de gestión se regulan por el derecho privado, los contratos de igual objeto, por el Estatuto General de Contratación de la Administración contenido en la Ley 80 de 1993, de conformidad con lo establecido por el artículo 93 de la Ley 489 de 1998.

1.2. Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador. (...)”

Adicionalmente, las restricciones del artículo 33 a la contratación directa comprenden a "todos los entes del Estado", sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Precisamente, sobre este tema, el Consejo de Estado en el Concepto No. 1727 del 20 de febrero de 2006 sostuvo:

"Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión *todos los entes del Estado* hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones."

De acuerdo con el anterior pronunciamiento del Consejo de Estado, las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado, razón por la cual se considera que una empresa industrial y comercial del Estado del orden territorial estaría sujeta a la restricción frente a la contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, teniendo en cuenta que las limitaciones del artículo 33 a la contratación directa comprenden a "todos los entes del Estado", sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Esta restricción iniciaría el 25 de enero de 2014.

De igual forma, los directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de las que se encuentran las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental, no pueden celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, esto es, esto es empieza el 9 de noviembre de 2013.

Para mayor ilustración sobre el tema, me permito remitir para su conocimiento copia de la Circular No. 3 del 16 de agosto de 2013 expedida por la Agencia Colombia Compra Eficiente, en dos (2) folios.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,
CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Anexo. Lo enunciado

Mónica Herrera/CPHL Rad. 20139000022182

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 13:48:07